

PROCESSO - A. I. Nº 130610.0000/14-6
RECORRENTE - ANGEL INDÚSTRIA, EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS VEGETAIS LTDA. (ANGEL PRODUTOS VEGETAIS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0231-03/14
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 18/08/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0237-12/15

EMENTA: ICMS. PROGRAMA DESENVOLVE. PARCELA NÃO SUJEITA À DILAÇÃO DE PRAZO. FALTA DE RECOLHIMENTO OU RECOLHIMENTO A MENOS. SUSPENSÃO DO BENEFÍCIO FISCAL EM RELAÇÃO À PARCELA INCENTIVADA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A falta do recolhimento ou o recolhimento a menos do ICMS, na data regulamentar, da parcela não sujeita à dilação de prazo, acarreta a perda do direito ao benefício, no respectivo mês, em relação à parcela incentivada, em razão do não atendimento de requisito regulamentar para fruição do benefício. Razões recursais insuficientes para a reforma da Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0231-03/14), que julgou Procedente em Parte a presente autuação, por meio da qual foram atribuídas ao sujeito passivo duas irregularidades distintas, a seguir descritas:

INFRAÇÃO 1 - Recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$357.606,98, em razão da falta de recolhimento, na data regulamentar da parcela não sujeita a dilação de prazo, perdendo o direito ao benefício em relação à parcela incentivada prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - DESENVOLVE, no mês de janeiro a outubro de 2011. Consta, ainda, que: *“Deixou de recolher o ICMS amparado por INCENTIVO FISCAL DO PROGRAMA DESENVOLVE de acordo com a resolução nº 141/2003, nas datas e valores indicados no DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DO PRESENTE AUTO DE INFRAÇÃO.”*

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento do ICMS de R\$118.022,60, nos prazos regulamentares referentes às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de novembro e dezembro de 2011.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração procedente em parte, no valor de R\$451.849,16, após considerar que o lançamento de ofício está revestido das formalidades legais, ou seja, determinado o autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, sendo indicados os dispositivos legais infringidos, inexistindo qualquer dos motivos de nulidades elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, estando a exigência fiscal fundamentada em diplomas legais vigentes, em demonstrativos e documentos dos quais foram dados cópias ao autuado mediante recibo, o possibilitando o exercício do contraditório com plena garantia da ampla defesa.

No mérito, em relação à infração 1, a JJF ressaltou que, como demonstrado às fls. 5, 6 e 120, sem qualquer protesto fático do impugnante, a parcela mensal de ICMS não amparada pelo Programa DESENVOLVE não foi recolhida em sua totalidade, no prazo regulamentar.

Destaca que no RICMS, no capítulo relativo aos benefícios fiscais, o art. 11, consta que quando a fruição ou o reconhecimento do benefício depender de condição, não sendo esta satisfeita, o tributo será considerado devido no momento em que houver ocorrido a operação ou prestação sob condição, sendo o pagamento do imposto feito com os acréscimos moratórios cabíveis e, se for o caso, multa, os quais serão devidos a partir do vencimento do prazo em que o tributo deveria ter

sido pago caso a operação ou prestação não tivesse sido efetuada com o benefício fiscal.

Aduz que, no mesmo diapasão, o art. 18 do Decreto nº 8.205/2002, que regulamenta o programa DESENVOLVE, é claro quando dispõe que a empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

Sendo assim, a JJF concluiu que o levantamento fiscal realizado atendeu a previsão legal, ao apurar pelo sistema normal o imposto devido nos meses nos quais o impugnante não recolheu a parcela do imposto não sujeita a dilação.

Quanto à alegação defensiva de que denunciou espontaneamente o débito exigido no Auto de Infração, o órgão julgador aduziu que os referidos valores foram devidamente contemplados na apuração do ICMS, como consta na informação aposta no rodapé do “Demonstrativo do Conta Corrente Fiscal”, à fl. 120 dos autos.

Inerente à alegação de que se encontra em recuperação judicial, a JJF salientou que esta situação não afeta a apuração, uma vez que, mesmo no âmbito administrativo, ainda não se esgotou todas as instâncias de julgamento, ou seja, não decidiu em caráter definitivo nesta esfera administrativa.

Por fim a JJF concluiu que, como o sujeito passivo não recolheu a parcela não sujeita a dilação no prazo regulamentar, perdeu o direito, naquele mês, de dilatar o prazo de pagamento do imposto total. Mantém a infração 1.

Em relação à infração 2, foi consignado que a falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares decorreu da simples constatação a partir da própria escrituração fiscal do autuado e do sistema de arrecadação da SEFAZ que nos meses de novembro e dezembro/2011 o contribuinte não procedera ao devido recolhimento apurado da parcela não sujeita a dilação escriturada no RAICMS, conforme demonstrativo de apuração e de débito, fls. 5, 6 e 120, e no RAICMS, fls. 72 a 75.

Concluiu a JJF que não deve prosperar a alegação do autuado de que a exigência apontada não indica quais as notas fiscais que se baseou a lavratura da infração, visto que os valores apurados decorreram dos totais mensais por ele próprio escriturados em seus livros fiscais.

Quanto ao Auto de Infração nº 206981.0002/13-0, lavrado em março de 2013, apontado pelo autuado como tendo originado a cobrança em duplicidade, o órgão julgador, após examinar os documentos às fls. 96 a 100, verificou que procede a alegação, uma vez que acusação fiscal atinente à infração 2 diz respeito às mesmas ocorrências e aos mesmos valores R\$12.398,77 - 30/11/2011 e R\$11.381,65 - 31/12/2011, montantes estes que não foram considerados pelo autuante na apuração levada à efeito no presente Auto de Infração, o que reduz para: R\$49.439,29 - 30/11/2011 e R\$44.802,89 - 31/12/2011, como consta na coluna “ICMS DILATADO” do “Demonstrativo do Conta Corrente Fiscal”, fl. 120.

Assim, diante da singeleza da acusação fiscal que se encontra devidamente comprovada nos autos e a total inexistência de nexo causal entre o argumento da defesa apresentada pelo impugnante, concluiu a JJF que resta patente a caracterização parcial desse item da autuação.

Inerente à alegada desproporcionalidade da multa, bem como seu alegado efeito confiscatório, a decisão de piso ressaltou que decorre de expressa previsão legal estatuída pela legislação tributária do Estado da Bahia, consoante enquadramento legal aposto no Auto de Infração, e, pelo art. 167, I, do RPAF/99, falece de competência este órgão a declaração de inconstitucionalidade. Já a redução de multa decorrente do descumprimento de obrigação principal é atribuição da Câmara Superior do Conselho de Fazenda, nos termos do parágrafo 1º do art. 169 do RPAF/99.

Ante o exposto, votou pela Procêdencia Parcial do Auto de Infração.

Não se conformando com a Decisão de 1ª instância, o sujeito passivo apresentou, tempestivamente, às fls. 160 a 171 dos autos, Recurso Voluntário, no qual, preliminarmente, alega cerceamento de defesa, na medida em que o autuante não atendeu à solicitação da JJF e não apresentou qualquer documento que prove a veracidade do quanto alegado na lavratura do presente Auto de Infração, prejudicando o direito ao contraditório, cerceando-lhe a defesa.

A título de exemplo diz que, na suposta infração 2, o autuante informa que o recorrente deixou de recolher imposto escriturado no livro fiscal, contudo, não especifica quais as notas fiscais que se basearam para lavratura daquela infração, bem como, não colacionou cópia da escrita fiscal comprobatória da mesma, e, ao final, ainda aplicou uma alíquota de 17%, do que diz não concordar, pois possui o benefício fiscal do DESENVOLVE, bem como, esta suposta infração foi objeto de anterior autuação, que além de caracterizar um "*bis in idem*" não permite que a recorrente exerça o seu direito constitucional na ampla defesa, já que sequer recebeu os documentos que a autuação se fundamentou. Cita que a prova seria o instrumento para o julgador definir a verdade dos fatos.

Reitera a sua alegação de duplicidade de incidência do imposto já exigido no Auto de Infração nº 206981.0002/13-0, lavrado em março de 2013, sob a acusação de que, supostamente, teria deixado de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, conforme verifica-se na infração de nº 2, já que, dentre as competências que se apurou na aludida infração, percebe-se que consta aquelas ocorrências de 31/11/2011 e 31/12/2011, já extinto pela Decisão de piso, contudo, segundo o recorrente, deveria ter sido totalmente extinta, pois percebe que há fiscalização para um mesmo período já fiscalizado, como também, há cobrança para um mesmo período cobrado.

Frisa ainda que é beneficiária do DESENVOLVE, instituído pelo Decreto nº 8205/2002 e que tal questão é de suma importância, pois o autuante, ao não atender os ditames de tal Decreto, elevou os débitos em 80% do valor original, na medida em que houve erro na base de cálculo para apuração do ICMS, pois não há que se falar em perda do benefício por atraso no pagamento, visto que nunca foi intimada sobre tal exclusão e a própria Lei prevê que o débito pode ser parcelado em 72 vezes. Diz que, na suposta infração 1, há equívoco ao asseverar que o recorrente perdeu o direito ao benefício nessas parcelas, na medida em que, não houve intimação de tal perda, bem como, a própria Lei permite o parcelamento dessas parcelas.

Sustenta que, no mínimo, o autuante deveria, *data vênia*, enquadrar o imposto devido com os benefícios do DESENVOLVE para que este, caso o suposto débito ao final seja julgado procedente, seja parcelado conforme permite a Lei, ou, pelo menos, atender a diligência solicitada pela JJF e apresentar novamente a planilha discriminando os supostos valores devidos, o que não o fez, e conforme alega o contribuinte fazer, à fl. 166 dos autos, do que entende o recorrente que houve um equívoco na cobrança de tais valores que acabaram por majorá-los, sendo necessário a correção dos mesmos para que, caso seja julgado procedente, possam ser parcelados e pagos no seu valor correto.

Reitera sua alegação de que enfrenta inúmeras dificuldades econômico-financeiras, o que o levou a pedir Recuperação Judicial na Comarca de Camaçari, através do Processo 0302913-27.2012.8.05.0039, o qual foi deferido o plano da sua recuperação judicial, conforme decisão anexada à defesa administrativa, ficando, a partir desse momento, todos os seus ativos e passivos de competência exclusiva do Juízo onde se processa a recuperação judicial com poderes para decidir todas as questões concernentes a seu patrimônio, não podendo, destarte, nenhum crédito ser solvido sem a observância da ordem de pagamento dos créditos estabelecidos no plano da recuperação judicial, art. 54, da Lei 11.101/2005, sob pena de se incorrer em crime falimentar, do que entende que, caso prossiga a cobrança no presente lançamento, o mesmo deve ser levado à conhecimento do juízo falimentar, para que o possível e incerto crédito da Fazenda seja solvido.

Por fim, reitera ter a multa aplicada de 60% caráter confiscatório, ensejando a anulabilidade do Auto de Infração, do que invoca o art. 150, IV, da Constituição Federal e cita doutrina e legislação.

Do exposto, aduz não restar dúvidas de que não deve prosperar a infração lhe atribuída, devendo o Auto de Infração ser anulado e julgado improcedente, determinando o seu arquivamento.

Às fls. 177 e 178 dos autos, a PGE/PROFIS, através de sua Procuradora, Dr^a. Maria Helena Mendonça Cruz, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário, pois, observa que o recorrente não trouxe provas nem argumentos jurídicos capazes de promover a modificação da Decisão, a qual diz se coadunar, uma vez que, de fato, a constatação e consequente comprovação do recolhimento a menor da parcela não incentivada pelo DESENVOLVE decorre diretamente do exame da escrita

fiscal do contribuinte e que o art. 18 do Decreto nº 8.202/2002, que regulamenta o DESENVOLVE, expressamente dispõe que a empresa habilitada no citado programa que não recolher a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo na data regulamentar perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada.

Quanto à infração 2, o opinativo é de que foram excluídas da autuação os valores já contemplados em outro lançamento, remanescendo os demais valores constatados na escrita fiscal do autuado.

Por fim, também defende que não merece prosperar a irresignação do recorrente quanto às multas aplicadas às infrações, vez que estão adequadas às infrações apuradas no lançamento e encontram-se expressamente consignadas no art. 42 da Lei nº 7.014/96.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, conforme previsto no art. 169, I, “b”, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância inerente às duas infrações, sendo a primeira julgada subsistente e a segunda subsistente em parte.

Inicialmente, há de se salientar que inexistente o alegado cerceamento de defesa, pois verifica-se que a diligência (fl. 113) foi devidamente cumprida, uma vez que o demonstrativo foi feito e o autuado recebeu cópia do mesmo, conforme se pode comprovar às fls. 120 e 122 dos autos.

Também não ocorreu cerceamento ao direito de defesa no que diz respeito à alegação recursal de que o autuante não apresentou qualquer documento que prove a veracidade do quanto alegado na no Auto de Infração, pois, há de se salientar que os dados consignados no demonstrativo, às fls. 5 e 6 dos autos, cuja planilha foi refeita e aprimorada sua visualização, à fl. 133 dos autos, foram apurados através da própria escrita fiscal do contribuinte, especificamente do livro Registro de Apuração do ICMS, às fls. 25 a 76 dos autos, no qual se aferiu os saldos mensais devedor do ICMS, de cujos valores se comprovou que as parcelas não dilatadas, correspondentes a 20% do saldo, não foram recolhidas tempestivamente, consoante extratos às fls. 11 a 24 dos autos. Portanto, no caso concreto, descabe a indagação recursal *de que notas fiscais se baseou a infração*, pois, os valores apurados decorreram dos totais mensais escriturados pelo próprio contribuinte nos livros fiscais.

Igualmente descabida a pretensão recursal de que deveria ter sido totalmente extinta a infração 2, sob alegação de que já havia sido fiscalização para os períodos de novembro e dezembro de 2011, pois há de se salientar que o crédito tributário é um bem público inalienável, sendo direito da Fazenda Estadual apurar em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial, a ocorrência de outras obrigações tributárias. No caso presente, os valores exigidos em duplicidade nos meses de novembro e dezembro/2011, como se comprova através do Auto de Infração nº 206981.0002/13-0, foram excluídos das quantias reclamadas na segunda infração do presente lançamento de ofício, remanescendo os valores mantidos na Decisão recorrida.

Do mesmo modo são impertinentes as alegações recursais relativas à sua condição de beneficiária do DESENVOLVE, pois, há de se ressaltar que as exações decorrem da perda automática do direito do citado benefício do DESENVOLVE, em relação à parcela incentivada, no mês em que a empresa habilitada não recolheu, no prazo regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação, conforme previsto no caput do art. 18 do Regulamento do DESENVOLVE, aprovado pelo Decreto nº 8.205/02, fundamentado nos arts. 5º e 8º da Lei nº 7.980/01, os quais estabelecem, respectivamente:

Art. 5º - O estabelecimento enquadrado no Programa deverá observar os seguintes procedimentos, para fins de apuração e recolhimento do ICMS devido:

I - o valor do ICMS apurado, deduzido o valor do imposto incentivado, será declarado e recolhido na forma e prazos regulamentares;

Art. 8º - O Regulamento estabelecerá, observadas as diretrizes do Plano Plurianual, critérios e condições para enquadramento no Programa e fruição de seus benefícios, com base em ponderação dos seguintes indicadores:

Por sua vez o caput do art. 18 do Decreto nº 8.205/02 (Regulamento do Programa DESENVOLVE), com a redação vigente à época dos fatos, prevê que:

Art. 18. A empresa habilitada que não recolher ao Tesouro do Estado, na data regulamentar, a parcela do ICMS não sujeita à dilação de prazo, perderá o direito ao benefício em relação à parcela incentivada naquele mês.

Já o art. 38 da Lei nº 7.014/96 estabelece que: “quando o reconhecimento do benefício do imposto depender de condição, não sendo esta satisfeita, o imposto será considerado devido no momento em que ocorreu a operação ou prestação”.

Assim, não há qualquer óbice na aplicação do dispositivo no caso concreto, visto que a exigência tributária é limitada ou circunscrita ao período em que o imposto deixou de ser recolhido ou na hipótese de pagamento fora do prazo regulamentar, pois, se tratando de benefício condicionado, dentre outras exigências, há o pagamento das parcelas do imposto não sujeitas à dilação prazal, cujo não atendimento pelo beneficiário da condição legal resulta na impossibilidade de gozo do benefício, perdendo o direito, naquele mês, da parcela incentivada prevista pelo DESENVOLVE.

Registre-se que o CONSEF em casos semelhantes tem decidido nesse mesmo sentido, a exemplo dos Acórdãos: CJF nº 0424-13/13, CJF nº 0266-11/14, CJF nº 0223-11/13, CJF nº 0222-12/14, CJF nº 0403-12/14 e CJF nº 0336-12/14.

Cabe ressaltar que, conforme interpretação literal da norma, o fato de o contribuinte supostamente ter realizado denúncia espontânea não o habilitaria a recuperar o benefício do incentivo fiscal nos meses em que ocorreu a mora, pois, de fato, deixou de cumprir o requisito básico e condicional de recolher *tempestivamente* o ICMS não sujeito à dilação para fruição do benefício fiscal. Ademais, a alegada denúncia espontânea só se configuraria no caso de o contribuinte ter recolhido, antes da ação fiscal, tanto a parcela não incentivada quanto à dilatada, o que o eximiria da penalidade.

No tocante à alegação de que se encontra em recuperação judicial, vislumbro que cabe à PGE/PROFIS analisar as consequências da ação judicial quanto à suposta execução do crédito tributário, porém, em nada interfere na análise do mérito do lançamento de ofício. Ressalte-se, ainda, que não se incluem na competência dos órgãos julgadores questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida, consoante estabelece o art. 167, II, do RPAF/BA.

Por fim, quanto à alegação de ter a multa aplicada de 60% caráter confiscatório, também falece de competência este tribunal administrativo a declaração de inconstitucionalidade.

Diante de tais considerações, concluo que, em ambas exações, a falta do recolhimento ou o recolhimento a menos do ICMS, na data regulamentar, da parcela não sujeitas à dilação de prazo, acarreta a perda do direito ao benefício, no respectivo mês, em relação à parcela incentivada, em razão do não atendimento de requisito regulamentar para fruição do benefício, sendo indevida a parcela relativa à “DEDUÇÃO DE 80% DO SALDO DEVEDOR DO ICMS – DEC. DESENVOLVE”, como considerado pelo contribuinte no livro RAICMS, as quais foram excluídas pelo Fisco.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **130610.0000/14-6**, lavrado contra a **ANGEL INDÚSTRIA, EXPORTAÇÃO E IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS VEGETAIS LTDA. (ANGEL PRODUTOS VEGETAIS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$451.849,16**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "f", da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS